

LA DISCUTIDA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA DEL “*PUBLIC USE*” EN EL DERECHO EXPROPIATORIO ESTADOUNIDENSE. CRITERIOS JUDICIALES Y RECTIFICACIONES LEGISLATIVAS. UNA LECTURA DESDE Y PARA EL DERECHO ESPAÑOL *

JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO **

Resumen: El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha precisado que el concepto de “uso público” como requisito legitimador de una expropiación está presente en todo plan urbanístico que persiga lograr el desarrollo económico del municipio. La práctica ha puesto de relieve que en muchos casos el único motivo para aprobar un plan de desarrollo económico es lograr recaudar mayores impuestos, lo que se logra a través de la transferencia de la propiedad de un sujeto privado a otro sujeto privado que ejecuta un uso que genera mayores impuestos. La fuerte presión social ha conseguido que la mayoría de los Estados modifiquen su legislación para prohibir tales prácticas.

Palabras Clave: Expropiación, Utilidad pública, Desarrollo económico.

Abstract: The Supreme Court of the United States has declared that the use of eminent domain (expropriation) to implement urban development plans designed to boost economic growth satisfies the “public use” clause of the federal constitution. Practice proves that the only objective behind many economic development plans is to increase the collection of taxes, which can be achieved taking property from one individual or corporation and giving it to another, if the latter puts the property to a use that generates higher tax revenue. Strong social pressure has caused most of the States to modify their legislation in order to prohibit such practices.

Keywords: Expropriation, Public use, Economic Development.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA IDENTIFICACIÓN DEL REQUISITO DEL “USO PÚBLICO” CON LA EXISTENCIA DE UNA FINALIDAD PÚBLICA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. SU PROYECCIÓN A LOS PROYECTOS DE DESARROLLO ECONÓMICO DE LOS MUNICIPIOS ARTICULADOS A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO; 1. Los hechos relevantes en el caso *Kelo*; 2. El desarrollo económico de un municipio articulado a través de un Plan de Urbanismo que transferirá la propiedad del suelo a terceros particulares justifica la expropiación. La Sentencia *Kelo*; 3. Los

* Fecha de recepción: 14 de mayo de 2009

Fecha de aceptación: 23 de junio de 2009.

** Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: juanantonio.chinchilla@uam.es.

votos particulares. La defensa de un concepto estricto de uso público del bien expropiado; III. LA REALIDAD DE LA PRÁCTICA DE LAS DEVELOPMENT TAKINGS. LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y EL NUEVO CONTROL JUDICIAL; 1. Algunos casos sorprendentes; 2. La pérdida de la batalla y la victoria de la guerra. Las modificaciones legislativas de los Estados y su aplicación judicial; IV. LA APRECIACIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD POR PARTE DE LA REGULACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN URBANÍSTICA EN ESPAÑA. LA GESTIÓN URBANÍSTICA MEDIANTE EL SISTEMA DE EXPROPIACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

1. Con toda corrección se ha recordado¹ recientemente que “la urbanización, como la democracia, en la auténtica acepción de la palabra, implica, en el fondo, una misma actitud: establecer el equilibrio entre la libertad individual y los vínculos colectivos. Se trata de un problema eterno, que nunca podrá ser completamente resuelto”. La visión que desde la Unión Europea, tanto a nivel de las instituciones jurídicas como a nivel de la opinión pública, se tiene de la práctica del urbanismo español no puede ser más desalentadora: desarrollo insostenible y menosprecio del derecho de propiedad privada en beneficio de determinados promotores, cuya actuación en muchos casos roza la actividad delictiva, y cuya consecuencia final es la actual crisis, de dimensiones desconocidas en el resto de Europa, en el sector inmobiliario. Esta imagen es, con seguridad, desacertada si lo que pretende es mostrar una realidad generalizada. Pero además no es única. Un caso paradigmático, aun cuando su sistema jurídico queda en este punto alejado de nuestras coordenadas, es la realidad de Estados Unidos, donde se ha producido un verdadero cataclismo, social y jurídico, desde el año 2005 ante la confirmación de una práctica que ha conducido a la expropiación de terrenos y viviendas para su posterior construcción por promotores privados con la única justificación de permitir a la entidades locales obtener una mayor recaudación impositiva por el nuevo uso urbanístico otorgado. Esto no es algo que nos sea totalmente desconocido. Baste citar el supuesto de la modalidad de urbanización mediante el sistema de expropiación gestionada por un concesionario. Si bien esta figura no despierta recelos cuando la edificación a construir son viviendas sometidas a un régimen de protección pública, por el contrario causa perplejidad cuando pretende construirse un campo de golf, centros comerciales, hoteles y viviendas de alto *standing*, etc. Los problemas en uno y otro ordenamiento no son, en realidad, tan diferentes, por lo que puede resultar adecuado estudiar su evolución.

¹ Por DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael, *Urbanismo, Historia y Vida*, Práctica Urbanística núm. 82 (2009), p. 9, citando a GIDEON, Siegfried.

II. LA IDENTIFICACIÓN DEL REQUISITO DEL “USO PÚBLICO” CON LA EXISTENCIA DE UNA FINALIDAD PÚBLICA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. SU PROYECCIÓN A LOS PROYECTOS DE DESARROLLO ECONÓMICO DE LOS MUNICIPIOS ARTICULADOS A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

1. Los hechos relevantes en el caso *Kelo*

2. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el asunto *Kelo vs. City of New London*² (23 de junio de 2005) ha declarado conforme con la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (“(No person shall be deprived of) property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”)³ la expropiación realizada por el municipio de New London (Estado de Connecticut) en orden a ejecutar un desarrollo urbanístico que permitiese la dinamización de la deprimida economía del Municipio, a través de la creación de empleo derivada del establecimiento de una gran empresa farmacéutica y la implantación de un gran centro comercial y de servicios, así como el aumento de la recaudación de impuestos derivados de tales actividades. La expropiación se realizó con base en el Capítulo 132 de los *General Statutes of Connecticut* que específicamente autorizaba el uso del dominio eminente (*eminent domain*, a menudo denominado *condemnation*) por el poder público para promover el desarrollo económico⁴, calificando la expropiación de terrenos por un Plan de urbanismo como un “uso público” y en “interés público”⁵.

² *Kelo v. City of New London*, 545, U.S. 469. La decisión mayoritaria (Ponente John Paul Stevens, a quien se unen Anthony M. Kennedy, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg, y Stephen G. Breyer), presenta un voto concurrente (Kennedy) y dos votos disidentes (Clarence Thomas; y Sandra Day O’Connor, a quien se unen William H. Rehnquist –Presidente en aquel momento–, Antonin Scalia y Clarence Thomas); pueden consultarse íntegramente en <http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=kelo&url=/supct/html/04-108.ZS.html>.

³ Cláusula que resulta aplicable a los Estados Federados en virtud de la 14ª Enmienda (“...nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws...”).

⁴ Se trató de una expropiación para lograr el desarrollo económico del municipio a través de un *Development Project Plan*, y no de una expropiación para lograr la renovación o reforma de suelos urbanos ante el deterioro de su urbanización, dado que no afectó a un área de rehabilitación integrada (*blighted area*) bajo la cobertura de un *Redevelopment and Urban Renewal Plan* regulado en el Capítulo 133. Los *General Statutes of Connecticut* pueden consultarse, en su redacción actual, en <http://www.cga.ct.gov/2009/pub/titles.htm>.

⁵ En concreto, la Sección 8-186 del Capítulo 132 establecía que “...Declaration of policy. It is found and declared that the economic welfare of the state depends upon the continued growth of industry and business within the state; that the acquisition and improvement of unified land and water areas and vacated commercial plants to meet the needs of industry and business should be in accordance with local, regional and state planning objectives; that such acquisition and improvement often cannot be accomplished through the ordinary operations of private enterprise at competitive rates of progress and economies of cost; that permitting and assisting municipalities to acquire and improve unified land and water areas and to acquire and improve or

El fallo, que se adoptó por una mayoría de 5 a 4, puede considerarse el último eslabón de una serie de decisiones judiciales que han prestado cobertura a una más que cuestionable práctica de los municipios que viene desarrollándose desde la década de los años 60 del anterior siglo. La resolución del litigio ha dado un nuevo impulso a la virulenta controversia existente tanto en los medios de comunicación⁶ como en la doctrina norteamericana⁷. La importancia social del problema se observa en la formación de numerosos grupos activistas frente al denominado “abuso del derecho eminente de los Estados”⁸, que parece afectar de forma significativa a las minorías étnicas, dando lugar incluso una nueva lucha por los derechos civiles⁹. Ante esta tesitura y la magnitud de la repercusión social, se ha producido la posterior reacción de un amplio número de Estados que han reformado sus Constituciones o Leyes para limitar, en mayor o menor medida y con diversa fortuna, el alcance de tales expropiaciones, al cuestionarse frontalmente el alcance del concepto de interés público (*public use*) como requisito legitimador, en términos constitucionales, de una expropiación de terrenos (*physical taking*)¹⁰ y su proyección sobre las expropiaciones urbanísticas que buscan el desarrollo económico de los municipios.

3. Los hechos del caso *Kelo* son los siguientes: Tras décadas de declive económico, en 1990 la pequeña ciudad costera de New London fue declarada como “zona deprimida” por una Agencia Estatal. En 1996, el Gobierno Federal cerró un Centro Naval de Guerra Submarina, lo que supuso la pérdida de 1.500 empleos, lo que condujo a que en 1998 la tasa de paro fuese en dicha ciudad el doble de la media estatal, disminuyendo su población por debajo de 24.000 habitantes, una cifra inferior a la que poseía en 1920. En esta tesitu-

demolish vacated commercial plants for industrial and business purposes and, in distressed municipalities, to lend funds to businesses and industries within a project area in accordance with such planning objectives are public uses and purposes for which public moneys may be expended; and that the necessity in the public interest for the provisions of this chapter is hereby declared as a matter of legislative determination...”.

⁶ Cfr., p.e., el editorial del *New York Times* de 24 de junio de 2005, que claramente se posicionó a favor de la decisión del Tribunal Supremo al considerar que la aprobación del Plan de Urbanismo como instrumento para favorecer el desarrollo económico de un municipio como New London, una ciudad pobre dentro de un Estado rico que hizo cuanto pudo para atraer negocios e industria a su municipio. Se afirma que sólo unos pocos propietarios se ven afectados, mientras que la mayoría de los residentes se muestran conformes con la medida en la medida en que la ciudad puede incrementar sus ingresos derivados de los impuestos y atraer necesarios puestos de trabajo.

⁷ *Vid.*, amplias referencias en BREAU, David L. *A new take on public use: were Kelo and Lingle nonjusticiable?*, Duke Law Journal núm. 55 (2006), pp. 835 y ss.; CRAMER, Benjamin D. *Eminent Domain for Private Development. An irrational Basis for the erosion of Property Rights*, Case Western Reserve Law Review núm. 55 (2005), pp. 409 y ss.

⁸ Con independencia de las tendencias políticas: conservadoras como la *Castle Coalition* del *Institute for Justice* (<http://www.ij.org/>) o liberales como la sección *Development* de la *National Association for the Advancement of Colored People* (<http://www.naacp.org/programs/development/index.htm>).

⁹ A este respecto es significativo, p.e., el título del artículo de BEITO, David y SOMIN, Ilya, *Battle over Eminent Domain is Another Civil Rights Issue*, http://www.cato.org/pub_display.php?pub_id=9361.

¹⁰ Quedan fuera del análisis de este artículo las denominadas *regulatory takings*, configuradas como regulaciones normativas que afectan al derecho de propiedad de forma tan onerosa que su efecto equivale a una adquisición directa o a su desconocimiento.

ra, el municipio creó una organización sin ánimo de lucro, la *New London Development Corporation*, para asistirle en la elaboración de instrumentos de planeamiento urbanístico que fomentaran el desarrollo económico. Como consecuencia de la actividad de la NLDC, la multinacional farmacéutica Pfizer anunció que construiría un complejo de investigación de 300 millones de dólares en una determinada localización de New London cercana al frente marítimo. NLDC, tras realizar consultas populares y recabar los informes de diversas Agencias estatales, formula un Plan Urbanístico de desarrollo que afecta a un terreno de 90 acres situados en los terrenos adyacentes a la nueva ubicación del centro de Pfizer, donde se pretende construir un Hotel en el frente marítimo, unas marinas, una zona comercial y de restauración; una zona residencial, un parque municipal y un museo naval; oficinas y un parque tecnológico, así como una amplia zona de aparcamientos. El fundamento económico último del nuevo Plan consistía en intentar aprovechar la sinergia derivada del establecimiento de la multinacional farmacéutica. Para ello, NLDC pretendía negociar el arrendamiento por 99 años de los terrenos edificables a constructores privados. El Plan Urbanístico de Desarrollo es aprobado en 2000 por el Ayuntamiento, quien atribuye a NLDC la condición de Agente Urbanístico, autorizándole para comprar los terrenos de titularidad privada afectados por el desarrollo urbanístico o para adquirirlos mediante expropiación forzosa en su condición de beneficiario. La mayoría de los propietarios privados (106) accede a enajenar voluntariamente y en forma jurídico-privada sus propiedades, salvo 9 propietarios, cuyas viviendas se ven afectadas y deben ser derruidas, los cuales son objeto de un procedimiento de expropiación forzosa¹¹. Algunos de los sujetos que son objeto del procedimiento expropiatorio llevan viviendo en sus casas desde 1918, habiendo realizado importantes inversiones en su conservación. En las diversas instancias judiciales (Tribunal Superior de New London, Tribunal Supremo de Connecticut, y Tribunal Supremo de los Estados Unidos), los recurrentes adujeron que la expropiación de sus propiedades había violado la exigencia de un uso público para los terrenos expropiados, dado que bajo tal concepto no podía comprenderse el desarrollo económico. Dicho argumento es rechazado por todas las instancias judiciales.

¹¹ Entre ellos, la protagonista del caso, Susette Kelo, que había adquirido en 1997 su *little pink house* con vistas sobre el río Thames. A día de hoy el proyecto no ha sido concluido, y la *little pink house* de Susette Kelo ha sido desmontada y reconstruida junto al río por el denominado *Institute For Justice* pero los terrenos expropiados aún a fecha actual continúan vacantes. Según la información suministrada por LEFCOE, George. *Redevelopment takings after Kelo: What's blight got to do with it?*, University of Southern California Legal Studies Working Paper núm. 20 (2008), la valoración inicial de la propiedad de Susette Kelo efectuada por el municipio en 2000 fue de 123.000 \$, recibiendo finalmente una compensación total de 392.000 \$. Debe tenerse presente que la indemnización expropiatoria se determina, a grandes rasgos, por el valor de mercado del bien.

2. El desarrollo económico de un municipio articulado a través de un Plan de Urbanismo que transferirá la propiedad del suelo a terceros particulares justifica la expropiación. La Sentencia *Kelo*

4. La Sentencia del Tribunal Supremo, cuyo Ponente fue el Juez John Paul Stevens, confirma la decisión de los Tribunales de instancia que habían afirmado la conformidad con la previsión constitucional de la expropiación realizada. Su argumentación comienza reiterando su tradicional interpretación sobre las dos claras posiciones de la exigencia del “*public use*” en su jurisprudencia. En primer lugar, no puede expropiarse la propiedad de “A” con el solo propósito de transferirla al sujeto privado “B”, incluso aunque se haya satisfecho a “A” una justa compensación. Por ello no resulta constitucionalmente legítima una expropiación con la única finalidad de otorgar un beneficio privado a un tercer sujeto privado. Y tampoco resulta constitucionalmente admisible una expropiación que alegue como mero pretexto un uso público cuando la finalidad actual es realmente conferir un beneficio privado. En segundo lugar, la Administración puede transferir la propiedad privada de “A” a otro sujeto privado “B” si la finalidad de la expropiación es el “uso por el público”. Desde estos parámetros generales, se afirma que la noción de “uso público” no debe entenderse exclusivamente en su sentido literal como uso por el público¹², sino en “...la más amplia y natural interpretación del uso público como finalidad pública (*public purpose*)...”, siendo dicho concepto amplio una manifestación del respeto de la Corte Suprema hacia el criterio adoptado por el legislador.

La cuestión estriba, consecuentemente para el Tribunal Supremo, en si el Plan de Urbanismo del municipio de New London, que persigue el desarrollo económico de la zona, responde en el caso concreto a una finalidad pública. Y aquí precisa que a lo largo de su jurisprudencia ha eludido utilizar formulas rígidas y un análisis prospectivo frente a la competencia de los poderes legislativos para determinar qué necesidades públicas justifican el recurso a la facultad expropiatoria, ante el reconocimiento de que las necesidades de la sociedad varían entre las distintas partes de los Estados Unidos y que las mismas evolucionan en el tiempo para dar respuesta a las cambiantes circunstancias. La fundamentación para la resolución del proceso la encuentra, básicamente, en dos decisiones precedentes. En el caso *Berman vs Parker*¹³ (19 de octubre de 1954) el Tribunal Supremo confirmó la constitucionalidad de un Plan de Renovación Urbana cuyo objeto era un área de Washington que afectaba a unos 5.000 habitantes cuyas viviendas se encontraban prácticamente en situación de ruina. Parte del área expropiada sería utilizada para la apertura de nuevas calles, escuelas

¹² El argumento para rechazar esa interpretación estricta, ya desde 1896, *Fallbrook Irrigation Dist. v. Bradley*, 164, U.S., radica tanto en la dificultad para aplicar dicho test (¿qué proporción de la sociedad debe tener acceso a la propiedad expropiada?, p.e.) como en su incapacidad para dar respuesta a las diversas y cambiantes necesidades de la sociedad.

¹³ *Berman vs. Parker*, 348 U.S., 26. Puede consultarse en http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=berman&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0348_0026_ZO.html.

y otras dotaciones públicas. El terreno restante sería arrendado o enajenado a promotores particulares para la construcción de nuevas viviendas, incluidas viviendas de bajo coste. El argumento del recurrente, propietario de una tienda afectada por la expropiación aún cuando el inmueble se encontraba en perfectas condiciones, consistió en afirmar que dotar de una estructura más equilibrada a la comunidad no era un uso público válido. El Tribunal Supremo confirmó la constitucionalidad de la expropiación, partiendo de que el Plan de Urbanismo debía ser concebido como un todo, sin que pudiese ser cada parcela objeto de un análisis diferenciado, al considerar que el bienestar público (*public welfare*) justifica que la Administración pretenda conseguir que una comunidad sea atractiva, saludable, espaciosa, limpia, equilibrada y segura, siendo tales objetivos un uso público válido. En el caso *Hawaii Housing Authority vs. Midkiff*¹⁴ (26 de marzo de 1984), el Tribunal Supremo confirmó la constitucionalidad de la Ley que expropiaba terrenos arrendados para transferirlos a los arrendatarios con la finalidad de reducir la concentración de la propiedad, en la medida en que la finalidad pública de eliminar los perjuicios económicos y sociales del oligopolio de la tierra podía ser configurada como un uso público válido. Lo relevante aquí es que el Tribunal Supremo rechaza que el simple hecho de que el Estado transfiriese inmediatamente la propiedad expropiada a manos particulares no suprime el carácter público de la expropiación, puesto que lo que determina el “uso público” es la finalidad expropiatoria, no su articulación concreta posterior.

Desde estas premisas el Tribunal Supremo afirma que la promoción del desarrollo económico es una función del poder gubernativo, sin que exista razón que justifique la exclusión de dicha función pública del concepto amplio de finalidad pública a efectos expropiatorios. Con ello no se difuminan los límites entre las (permitidas) expropiaciones públicas y las (prohibidas) expropiaciones privadas. Y ello porque la persecución por el poder público de una finalidad pública a menudo beneficiará a terceros privados. Es más, para el Tribunal Supremo, el objetivo público puede ser tan bien o mejor satisfecho a través de una empresa privada como mediante una organización jurídico-pública. Consecuentemente, la propiedad pública no es el único medio de promover la finalidad pública de la renovación urbana. Mediante el Plan de Urbanismo no se produce la transferencia de la propiedad de “A” a favor de “B” por la única razón de que éste puede realizar un uso más productivo del terreno y de este modo pagar mayores impuestos. Se rechaza igualmente que deba efectuarse por el Tribunal un análisis sobre la razonable certeza de que los beneficios públicos esperados por la ejecución del Plan de Urbanismo puedan actualmente conseguirse. Y ello porque en ese juicio predictivo los tribunales no pueden sustituir a las asambleas legislativas directamente elegidas por el pueblo (sean de nivel federal, estatal o local) o a las agencias administrativas que persiguen una finalidad pública legítima cuando la misma no es irracional. Finalmente, el Tribunal Supremo señala que tampoco corresponde a los Tribunales determinar qué terrenos concretos deben ser adquiridos mediante la expropiación

¹⁴ *Hawaii Housing Authority vs. Midkiff*, 467 U.S., 229. Puede consultarse en http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=Midkiff&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0467_0229_ZO.html.

para ejecutar el proyecto. Una vez que la cuestión de la finalidad pública ha sido afirmada, la extensión y las características de los terrenos que deben ser expropiados para la ejecución del proyecto y los que deben ser excluidos quedan bajo la competencia discrecional del poder legislativo o de las asambleas municipales.

5. El voto concurrente del Juez Kennedy parte del criterio del Tribunal Supremo de considerar constitucionalmente legítima una expropiación cuando esté “racionalmente relacionada con una concebible finalidad pública”. Se afirma que los órganos jurisdiccionales deben rechazar aquellas expropiaciones que persigan directamente beneficiar a sujetos privados y solamente de forma incidental o simulada lograr beneficios públicos. Por consiguiente, ante un Plan de Urbanismo que persigue la regeneración económica del municipio y que va a ser ejecutado materialmente por sujetos privados o éstos van a resultar beneficiados por el mismo, los tribunales deben determinar si esa finalidad pública es o no meramente incidental. Considera que ciertamente existen transferencias privadas en las cuales el riesgo de no detectar favoritismos no permitidos en relación a terceros sujetos privados es tan acusado que debe establecerse una presunción de invalidez de la expropiación previa ante la evidencia de una finalidad pública trivial o inverosímil. Pero dicha presunción no puede afirmarse sin más cuando la finalidad expropiatoria es simplemente el desarrollo económico. En el caso concreto no puede aplicarse esa presunción negativa porque efectivamente concurría una situación de depresión económica, en el momento de aprobar el Planeamiento y proceder a las expropiaciones se desconocía la identidad de la mayoría de los hipotéticos sujetos privados que podrían resultar beneficiados, y todo el proceso de planificación fue objeto del correspondiente control a través de la información pública.

3. Los votos particulares. La defensa de un concepto estricto de uso público del bien expropiado

6. El voto particular disintiendo de la Juez Sara Day O'Connor afirma directamente que bajo el estandarte del desarrollo económico, en los términos fijados por la Sentencia, toda propiedad privada es susceptible de ser expropiada y transferida a otro propietario privado en la medida en que pueda otorgarle un uso que el legislador considere más beneficioso para el interés público. En su opinión, razonar que los beneficios públicos incidentales resultan del posterior uso de la propiedad privada derivado de las expropiaciones para una finalidad pública que se fundamentan en el desarrollo económico elimina toda distinción entre finalidades públicas y privadas de la propiedad. La Quinta Enmienda establece dos condiciones en el ejercicio de la facultad expropiatoria: la expropiación debe ser para un uso público y debe pagarse al propietario una justa compensación. Ambas limitaciones sirven como garantía de la seguridad y estabilidad de la propiedad frente a un uso excesivo, impredecible o injusto de la facultad expropiatoria, fundamentalmente de aquellos propietarios que, por diversas razones, no pueden protegerse a sí mismos en el proceso político

frente a la voluntad de la mayoría. En concreto, la cláusula del uso público garantiza tanto la seguridad como la imparcialidad de la decisión del poder público. Desde esas premisas, el voto particular plantea la cuestión fundamental de establecer los límites entre el uso público y el uso privado de la propiedad. Y aquí precisa que la deferencia de los Tribunales con el poder legislativo no puede significar la ausencia de un control jurisdiccional. Con la finalidad de otorgar una respuesta precisa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha identificado tres categorías de expropiaciones que satisfacen la cláusula del uso público. En primer lugar, las expropiaciones que transfieren la propiedad privada a una propiedad pública para el establecimiento de servicios públicos (carreteras, hospitales, centros militares, etc.). En segundo lugar, las expropiaciones que transfieren la propiedad a sujetos privados, normalmente concesionarios, que abren la propiedad al uso público (ferrocarril, estadio, etc.). En tercer lugar, las expropiaciones en las que la propiedad es destinada a un ulterior uso privado. Es en éstas donde surge la dificultad de determinar si la alegada finalidad pública de la expropiación satisface el requisito del uso público. En *Berman* y en *Midkiff* no se produce una expropiación para un uso puramente privado. En ambas se puede apreciar que el uso de la propiedad objeto de expropiación causaba un perjuicio a la sociedad (en un caso derivado de la extrema pobreza que había colocado en situación de ruina a un elevadísimo número de viviendas, y en otro derivado de la extrema riqueza que había dado lugar a un oligopolio de la práctica totalidad de los terrenos habitables), por lo que la supresión de dicho perjuicio debe considerarse como una finalidad pública, con independencia de que la propiedad expropiada fuese efectivamente destinada a un uso privado. Por el contrario, en *Kelo* las propiedades expropiadas no son el origen de un perjuicio para la sociedad. En las expropiaciones para el desarrollo económico el beneficio privado y el incidental beneficio público, por definición, convergen y se refuerzan mutuamente, sin que pueda precisarse, desde la perspectiva constitucional, qué justifica la expropiación. La posibilidad de que una propiedad pueda ser expropiada con la finalidad de obtener un mejor o más productivo uso de la misma coloca a cualquier propiedad bajo la posibilidad de ser expropiada. Los beneficiarios de esta construcción teórica serían los sujetos (sobre todo grandes corporaciones y empresas constructoras) con gran capacidad de influencia en los procesos políticos. En su opinión, las expropiaciones cuya finalidad es lograr el desarrollo económico no son constitucionales. El resultado contrario afirmado por la Sentencia permite, a su juicio, la arbitrariedad del poder público.

7. El voto particular disintiendo del Juez Clarence Thomas afirma que la decisión de la Sentencia implica reemplazar la cláusula constitucional del uso público por una cláusula de “finalidad pública” (*public purpose*) que permite justificar cualquier finalidad como legítima cuando no sea irracional. En su opinión la lectura “natural” de la cláusula permite la expropiación de bienes sólo cuando el poder público adquiere la propiedad o cuando el público tiene un derecho legal de uso, como algo opuesto a la expropiación exclusivamente por cualquier finalidad o necesidad pública. La cláusula del uso público no puede identificarse con la cláusula del bienestar general (*general Welfare*), por lo que no puede justificarse una expropiación simplemente porque la sociedad reciba un posible beneficio o elimine un

perjuicio para el bienestar público (esta última finalidad se consigue a través del derecho de inmisiones). Rechaza que la facultad expropiatoria derivada del dominio eminente se pueda identificar con la facultad regulatoria de la propiedad derivada del poder de policía. En su opinión, los programas de renovación urbana otorgan una compensación por la propiedad expropiada, pero ninguna compensación es posible para el valor subjetivo que los terrenos tienen para sus propietarios que se ven expulsados de sus viviendas. Admitir que cualquier finalidad de mejora económica justifica la expropiación determinará que en comunidades deprimidas los grupos y sujetos sin capacidad de influencia en el proceso político así como las minorías sociales, queden desprotegidos por la cláusula del uso público.

III. LA REALIDAD DE LA PRÁCTICA DE LAS *DEVELOPMENT TAKINGS*. LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y EL NUEVO CONTROL JUDICIAL

1. Algunos casos sorprendentes

6. De la doctrina del caso *Kelo* se infiere, sin lugar a dudas, la preeminencia del uso público, aún cuando se transfiera la propiedad a un tercero, de forma inmediata o con posterioridad. Frente al evidente beneficio privado que pueda producir la expropiación para fomentar el desarrollo económico municipal se encuentra la existencia de un amplio y público proceso de toma de decisiones, que permite clarificar la preponderancia de uno u otro interés¹⁵. Si se identifica la cláusula del *public use* con cualquier finalidad pública (*public purpose*), y se entiende que dicha finalidad está presente siempre que la determinación legislativa no sea irracional, el nivel de control jurisdiccional prácticamente desaparece hasta convertirse en una cuestión ajena al control jurídico (*nonjusticiable*)¹⁶. Máxime cuando los órganos judiciales no entran a valorar si efectivamente el Plan adoptado posibilita realmente lograr la finalidad perseguida y no existe técnica jurídica alguna que permita un ulterior control de la efectividad del destino dado al bien¹⁷.

¹⁵ Cfr. SCHULTZ, David. *What's yours can be mine: are there any private takings after Kelo v. City of New London?*, UCLA Journal of Environmental Law and Policy núm. 24 (2006), p. 18.

¹⁶ Cfr. BREAU, David L. *A new take on public use... cit.*, p. 844, que equipara el control al verificado por el Tribunal Supremo cuando está en juego el bienestar general (*general welfare*) en los términos del Artículo I de la Constitución. En tal supuesto el Tribunal no tiene atribuido un control para decidir entre un bien público y otro. Sólo si la decisión del poder legislativo es claramente equivocada o arbitraria puede ser anulada.

¹⁷ Como señala, respecto a la legislación previa a la Sentencia *Kelo*, LEFCOE, George. *Redevelopment takings... cit.*, p. 10. Al respecto refiere un caso paradigmático. *Los Angeles Community Redevelopment Agency* expropió un pequeño vecindario ocupado por inmigrantes mexicanos, con la finalidad de obtener espacio para construir viviendas sociales. El proyecto nunca se ejecutó. Años después, la ciudad cede los terrenos al equipo de béisbol de los Dodgers para que cambien su sede desde Brooklyn a Los Angeles.

7. El caso *Kelo*, a pesar de su impacto mediático¹⁸, es sólo uno más y no especialmente el más grave (tanto por sus consecuencias como por la realidad subyacente) de los múltiples casos que el desarrollo económico como finalidad expropiatoria adoptada por los municipios a lo largo y ancho de los Estados Unidos pone de manifiesto. Un dato que no fue aducido por la ciudad de New London para justificar la licitud de la expropiación, y que no ha sido mencionado ni por los medios de comunicación ni por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, a pesar de constar expresamente en el *Development Plan*, es que sobre la mayoría de las 9 propiedades expropiadas se desarrollaban nuevas calles e infraestructuras públicas, lo que por definición satisfacía la cláusula del “public use”¹⁹. Existen otros innumerables supuestos que, en su mayoría, y bajo la amplia interpretación permitida por el Tribunal Supremo, han sido considerados constitucionalmente correctos por los órganos jurisdiccionales inferiores y los Tribunales Supremos de los diversos Estados, sin que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos haya accedido a tomar en consideración nuevos casos hasta el momento²⁰.

Por ejemplo²¹, la ciudad de Las Vegas, a través de *Las Vegas Downtown Redevelopment Agency* expropió 32 parcelas, transferidas posteriormente a un consorcio de Casinos, para ampliar el parking de un Casino, siendo aquellos quienes procederían a su ejecución. A tal efecto se argumentó por el municipio que la ampliación de un parking privado era un uso público porque permitiría un mayor acceso a las atracciones del centro de la ciudad, lo que revitalizaría su economía. Si bien inicialmente el Tribunal de Distrito consideró que no se estaba en presencia de un uso público, dicha decisión fue revocada por el Tribunal Supremo de Nevada en la Sentencia *City of Las Vegas Downtown Redevelopment Agency vs. Pappas*, (8 de septiembre de 2003)²², al considerar constitucional la expropiación realizada bajo la cobertura de la legislación sobre renovación urbana, afirmándose que el Tribunal no puede sustituir el juicio de la asamblea legislativa municipal para determinar la realidad de un proyecto de renovación urbana y económica basada en datos evidentes. Para el Tribunal, la titularidad pública del parking no es un requisito previo y necesario para afirmar la existencia de un uso público. Además, dicho concepto debe entenderse en sentido amplio como ventaja, beneficio o utilidad pública, encontrándose presente en todo proyecto de renovación urbana siempre y cuando guarde una racional relación con la finalidad de erradicación de un ámbito ruinoso, en términos físicos, sociales o económicos. En todo caso, el Tribunal rechaza pronunciarse sobre la necesidad o innecesariedad de expropiar los terrenos, puesto

¹⁸ Al respecto, y por lo que se refiere a la lucha personal y jurídica de la protagonista y del resto de actores públicos y privados implicados en los hechos puede consultarse la obra divulgativa con claros roles de “buenos” y “malos” de BENEDICT, Jeff. *Little pink house: A True Story of Defiance and Courage*, 2009.

¹⁹ Como señala LEFEOE, George. *Redevelopment takings...* cit., p. 5.

²⁰ Así, el 16 de enero de 2007 rechazó tomar en consideración el caso *Diden vs The Village of Port Chester*.

²¹ Tomo estos ejemplos de CRAMER, Benjamin D. *Eminent Domain for Private Development...* cit., p. 416 y ss.

²² *City of Las Vegas Downtown Redevelopment Agency vs. Pappas*, 76 P.3d 1. El Tribunal Supremo de Estados Unidos denegó la *Petition for Writ of Certiorari* el 8 de marzo de 2004, 541 U.S. 912, 03-972.

que no puede sustituir la decisión de la asamblea municipal por su propia decisión en orden a decidir qué resulta necesario para la consecución de la finalidad pública. En otro caso extremo, el municipio de Merriam, Kansas, expropió un terreno destinado a la venta de vehículos usados para permitir la expansión del negocio situado en la parcela adyacente, un concesionario de BMW con el que había firmado un convenio para proceder al desarrollo urbanístico de la zona, con la justificación de los impuestos que podrían recaudarse al incorporar el concesionario una franquicia de Volkswagen. El municipio rechazó la proposición del propietario de abrir un concesionario de Mitsubishi, puesto que sólo permitiría una menor recaudación impositiva²³. Resulta suficiente con estos ejemplos.

2. La pérdida de la batalla y la victoria de la guerra. Las modificaciones legislativas de los Estados y su aplicación judicial

8. Ciertamente en *Kelo vs. New London*, el Tribunal Supremo reconoció que los Estados pueden establecer mayores restricciones en el ejercicio de su facultad expropiatoria, fijando mayores restricciones al concepto del “uso público”, bien en sus Constituciones bien en sus Leyes sobre expropiación, limitando los terrenos que pueden ser objeto de expropiación forzosa. Argumentación que era considerada, correctamente en el voto disidente de O’Connor, como una abdicación del control de constitucionalidad que debe ejercer el Tribunal Supremo. Lo cierto es que ante la presión social, cerca de cuarenta Estados han modificado su legislación para intentar dotar de mayor protección al derecho de propiedad. Esta nueva legislación, en líneas generales, se articula a través de dos grandes ejes. En primer lugar, se exige en todo caso un efectivo control judicial, eliminando la deferencia hacia la evaluación por el poder legislativo (estatal o municipal). En segundo lugar, se limita el desarrollo económico como justificación de una expropiación a los supuestos de las áreas de rehabilitación (*blight areas*), excluyéndose la posibilidad de expropiar únicamente para obtener mayores niveles de ingresos fiscales. No obstante el avance en la defensa del derecho de propiedad frente a un uso abusivo de la figura de la expropiación forzosa que pueden representar las nuevas legislaciones (estatales y federal), lo cierto es que en muchas de ellas se encuentran lagunas jurídicas (*loopholes*) que permiten fácilmente sortearlas²⁴.

9. Así, por ejemplo, el primer y último (hasta el momento) Estado en iniciar una reforma de la legislación expropiatoria ha sido Delaware. La última reforma, aprobada el 9 de abril de 2009²⁵, arrumba frontalmente con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo

²³ Debe destacarse que en las siguientes elecciones municipales, los votantes no eligieron a la mitad del anterior Concejo municipal.

²⁴ En este sentido, *cfr.* BEITO, David -SOMIN, Ilya. *Battle over eminent domain ... cit.*

²⁵ El texto, que modifica el *Delaware Code*, es el siguiente: “Section 1. Amend Chapter 95, Title 29 of the Delaware Code, by adding a new section 9501A to read as follows: «9501A Acquisition by Eminent Domain. (a) The policy of the provisions of this chapter pertaining to eminent domain is to ensure that eminent domain is used for a limited, defined public use. Public use does not include the generation of public revenues,

en *Kelo*. En concreto, se establece normativamente una delimitación positiva y negativa del concepto “uso público”. Se excluye como un uso público que justifique toda expropiación la obtención de ingresos públicos, el incremento de impuestos, el crecimiento económico o laboral. Por el contrario, dicho concepto queda circunscrito, en primer lugar, a aquellas expropiaciones donde la posesión o la utilización del terreno se efectúa por la sociedad en su conjunto o por agencias públicas; en segundo lugar a las expropiaciones donde la utilización del terreno lo es para la creación o funcionamiento de servicios públicos, empresas eléctricas o concesionarios públicos; y en tercer lugar a aquellas expropiaciones (urbanísticas) dirigidas a eliminar áreas en situación de ruina, barrios marginales, a eliminar inmuebles que no pueden ser reparados o resultan inhabitables, o a adquirir inmuebles abandonados; así como a aquellas expropiaciones dirigidas a eliminar un peligro directo para la salud pública y la seguridad causados directa o indirectamente por inmuebles que se encuentren en tal situación. Algunos Estados, además, han creado una figura específica dirigida a defender los derechos de propiedad de los ciudadanos frente al ejercicio de la facultad expropiatoria de los poderes públicos. Así, por ejemplo, en Missouri se ha creado en 2006 la Oficina del *Ombudsman for Property Rights*²⁶ con el fin de asistir a los ciudadanos ofreciéndoles asistencia gratuita y ayudándolos a comprender el proceso expropiatorio, llegando a actuar como *amicus curiae* ante los órganos jurisdiccionales²⁷. Ante esta nueva realidad legislativa, el Tribunal Supremo de Missouri sí ha rechazado actuaciones de las entidades municipales que bajo la bandera del desarrollo urbano y económico pretendían expropiar terrenos en beneficio de terceros privados. Así, por ejemplo, la ciudad de Clayton, Saint Louis, decidió expropiar unos inmuebles situados en una de las mejores zonas comerciales del municipio a pesar de que los mismos no se encontraban en situación de ruina, con el fin

increase in tax base, tax revenues, employment or economic health, through private land owners or economic development. (b) *Notwithstanding any other provision of law, neither this State nor any political subdivision thereof nor any other condemning agency, including an agency as defined in § 9501(b), shall use eminent domain other than for a public use, as defined in § 9501A(c) of Title 29.* (c) The term ‘public use’ shall only mean (1) the possession, occupation, or utilization of land by the general public or by public agencies; (2) the use of land for the creation or functioning of public utilities, electric cooperatives, or common carriers, or (3) where the exercise of eminent domain (a)(i) removes a “blighted area” as defined at 31 Del. C. §4501(3), or a “slum area”; as defined at 31 Del. C. §4501(21); (ii) removes a structure that is beyond repair or unfit for human habitation or use; or (iii) is used to acquire abandoned real property and (b) eliminates a direct threat to public health and safety caused by or related to the real property in its current condition. (d) Whenever real property is condemned and will be used, including owned, occupied or developed by a private party, the State or agency thereof or a political subdivision must establish by clear and convincing evidence that the use of eminent domain complies with the definition of “public use” in §9501A(c) of Title 29. (e) No written notice or correspondence shall be sent to property owners from the State, an agency or a political subdivision communicating to the property owner that the real property is subject to eminent domain without the State, an agency, or a political subdivision first notifying the property owner in writing of the public use as defined in §9501A(c) and as required by §9505(15) of Title 29”. Puede consultarse en <http://delcode.delaware.gov/sessionlaws/ga145/chp012.shtml>.

²⁶ Puede consultarse, sobre sus actividades, <http://www.eminentdomain.mo.gov/>.

²⁷ De forma sintética, se trata de una figura que coadyuva al litigante y al Tribunal aportando un análisis jurídico sobre la cuestión objeto del proceso.

de enajenárselos a una corporación privada que había adquirido dos parcelas adyacentes para ubicar dos torres de oficinas y que necesitaba mayor espacio para la expansión de su proyecto. El único argumento para justificar la expropiación como área de rehabilitación que se adoptó fue que la propiedad era incapaz de pagar impuestos razonables (déficit económico), dado que no había una situación de riesgo social. La Sentencia del Tribunal Supremo de Missouri *Centene Plaza Redevelopment Corporation vs Mint Properties Inc* (12 de junio de 2007)²⁸, destaca que la reforma legislativa realizada exige que el órgano judicial controle positivamente la existencia de una sustancial evidencia para declarar un área de rehabilitación integral, frente a la situación previa, donde simplemente se efectuaba un control negativo de inexistencia de arbitrariedad, fraude, soborno o mala fe. La sustancial evidencia requiere y comprende pruebas significativas. Y ello no concurre en el caso, lo que determina una actuación arbitraria del poder público, dado que no se ha demostrado la existencia de un riesgo social. Igualmente el Tribunal señala que el riesgo para la salud, el bienestar o la seguridad de la comunidad que demanda la declaración de rehabilitación preferente de un área urbana debe ser no sólo evidente, sino actual, por lo que deben ser rechazadas todas aquellas decisiones administrativas basadas en meras creencias, suposiciones o especulaciones. Igualmente, la nueva legislación permite a los tribunales determinar si las parcelas expropiadas son necesarias para la gestión de las áreas de rehabilitación cuando las mismas no se encuentran en una situación de ruina, sino en perfecto estado de conservación. Al respecto se señala que tales parcelas serán necesarias cuando lo requiere la obtención de una extensión de superficie tal que permita atraer a los constructores. Todo lo anterior conduce a declarar la ilegalidad de la expropiación. En esta línea de avance en la protección de la propiedad, la Sentencia del Tribunal Supremo de Missouri *Clay County Realty Company vs. City of Gladstone* (6-10-2008)²⁹, ante la declaración de un área como objeto de un desarrollo económico sometida a expropiación pero donde no se concluyó tal procedimiento expropiatorio ante el desacuerdo entre el municipio y el constructor privado, reconoce el derecho de los propietarios afectados a resarcirse de los daños ocasionados por la no renovación de los contratos de alquiler de sus inquilinos, la existencia de un daño consistente en la pérdida de valor de la propiedad, puesto que si ello se produce normalmente desde que se produce la declaración de la zona como de rehabilitación hasta que concluye la expropiación, en los casos en que no se concluye definitivamente la expropiación ocurre igualmente. No existe aquí ya un ámbito de inmunidad para la Administración, sino que ésta tendrá que responder por tales daños causados a través de una acción de responsabilidad (*inverse condemnation*).

Ciertamente otros Estados no han adoptado una nueva regulación claramente contraria a la doctrina del caso Kelo, si bien en todo caso han intentado introducir mejoras en la

²⁸ *Centene Plaza Redevelopment Corporation vs. Mint Properties*, 2007 WL 1695163 (Mo. 2007). El texto íntegro puede consultarse en [http://www.courts.mo.gov/SUP/index.nsf/fe8feff4659e0b7b8625699f0079eddf/52697231b2fe8df5862572ce00683e9e/\\$FILE/SC88487_Mint_Properties_Brief.pdf](http://www.courts.mo.gov/SUP/index.nsf/fe8feff4659e0b7b8625699f0079eddf/52697231b2fe8df5862572ce00683e9e/$FILE/SC88487_Mint_Properties_Brief.pdf)

²⁹ *County Realty Company and Edith Investment Company, Appellants, vs. City of Gladstone*, SC88924. Puede consultarse el texto en <http://www.courts.mo.gov/file.asp?id=26435>.

protección del derecho de propiedad. Por ejemplo, el Estado de Connecticut mantiene en lo esencial la normativa que dio origen al caso *Kelo*, si bien ha introducido determinadas medidas que refuerzan la posición de los propietarios en la reforma del Capítulo 132 de los *General Statutes* de Connecticut, mediante la *Public Act* 07-141 de 12 de junio 2007³⁰. En

³⁰ El texto vigente queda redactado con el siguiente tenor: “*CHAPTER 132. MUNICIPAL DEVELOPMENT PROJECTS* Sec. 8-193. Acquisition and transfer of real property. Procedure. Powers of agency. Limitations. (a) After approval of the development plan as provided in this chapter, the development agency may proceed by purchase, lease, exchange or gift with the acquisition or rental of real property within the project area and real property and interests therein for rights-of-way and other easements to and from the project area. (b) (1) The development agency may, with the approval of the legislative body in accordance with this subsection, and in the name of the municipality, acquire by eminent domain real property located within the project area and real property and interests therein for rights-of-way and other easements to and from the project area, in the same manner that a redevelopment agency may acquire real property under sections 8-128 to 8-133, inclusive, as if said sections specifically applied to development agencies, except that no real property may be acquired by eminent domain pursuant to this subsection for the primary purpose of increasing local tax revenue. (2) The development agency shall conduct a public hearing on any proposed acquisition of real property by eminent domain. The development agency shall cause notice of the time, place and subject of the hearing to be published in a newspaper having a substantial circulation in the municipality not more than ten days before the date set for the hearing. Not less than ten days before the date of the hearing, the development agency shall send, by first class mail, notice of the time, place and subject of the hearing to the owners of record of the real property and to all owners of real property within one hundred feet of the real property to be acquired by eminent domain. (3) (A) No parcel of real property may be acquired by eminent domain under this section except by approval by vote of at least two-thirds of the members of the legislative body of the municipality or, in the case of a municipality for which the legislative body is a town meeting or a representative town meeting, the board of selectmen. Such approval shall be by (i) separate vote on each parcel of real property to be acquired, or (ii) a vote on one or more groups of such parcels, provided each parcel to be acquired is identified for the purposes of a vote on a group of such parcels under this subparagraph. The legislative body or the board of selectmen, as the case may be, shall not approve the use of eminent domain by the development agency unless the legislative body or board of selectmen has (I) considered the benefits to the public and any private entity that will result from the development project and determined that the public benefits outweigh any private benefits, (II) determined that the current use of the real property cannot be feasibly integrated into the overall development plan, and (III) determined that the acquisition of the real property by eminent domain is reasonably necessary to successfully achieve the objectives of the development plan. (B) The municipality shall cause notice of any approved acquisition by eminent domain under this subdivision to be published in a newspaper having a substantial circulation in the municipality not more than ten days after such approval. (C) (i) The development agency shall acquire any property identified in the plan as property to be acquired by eminent domain by a date that is five years after the date the first property is acquired by eminent domain under the plan unless the development agency approves an extension of the time for acquisition, except that no property may be acquired by eminent domain under the plan more than ten years after the first property is acquired by eminent domain under the plan. (ii) With respect to a development plan for a project that is funded in whole or in part by federal funds, the provisions of this subparagraph shall not apply to the extent that such provisions are prohibited by federal law. (4) The owner-occupant of property acquired by eminent domain under this section may file an application in the superior court for the judicial district in which the municipality is located to enjoin the acquisition of such property. The court may issue such injunction if the court finds that the development agency or municipality failed to comply with the requirements of this chapter. The filing of an application to enjoin the acquisition of property by eminent domain, in a court of competent jurisdiction, shall toll the five-year period or ten-year period set forth in subparagraph (C) of subdivision (3) of this subsection with respect to such property until the date a final judgment is entered in any such action, or any appeal thereof, whichever date is later. (c) (1) With respect to real property acquired by eminent domain pursuant to this section

síntesis, la reforma establece la prohibición de expropiar con el fin principal de incrementar los ingresos fiscales; establece un plazo máximo de 5 años, ampliable excepcionalmente a 10 años, computados a partir de la verificación de la expropiación de la primera finca comprendida en el ámbito del Proyecto, para verificar las expropiaciones, sin que pueda efectuarse la expropiación más allá de estos plazos; si el terreno no es usado para la finalidad que legitimó la expropiación o para otro fin público y el municipio decide vender el terreno, debe ofrecérselo en primer lugar al antiguo sujeto expropiado a cambio de una cantidad que no exceda del justiprecio satisfecho o del precio de mercado, teniendo éste un periodo de seis meses para decidir su adquisición o rehusarla. Además, exige que el valor del terreno expropiado sea determinado estableciendo el valor medio de los fijados por dos peritos que elaboren su dictamen de forma independiente basándose en criterios profesionales de valoración generalmente aceptados, incrementado en un 25% cuando se trata de desarrollos económicos. Las expropiaciones que se realicen entre el 6º y el 10º año se incrementan un 5% cada año.

on or after June 25, 2007, if the municipality does not use the real property for the purpose for which it was acquired or for some other public use and seeks to sell the property, the municipality shall first offer the real property for sale pursuant to subdivision (2) of this subsection to the person from whom the real property was acquired, *or heirs of the person designated pursuant to subdivision (2) of this subsection, if any, for a price not to exceed the lesser of (A) the amount paid by the development agency to acquire the property, or (B) the fair market value of the property at the time of any sale under this subsection. After the municipality provides notice pursuant to subdivision (2) of this subsection, the municipality may not sell such property to a third party unless the municipality has permitted the person or named heirs six months during which to exercise the right to purchase the property, and an additional six months to finalize the purchase if the person or named heirs provide the municipality with notice of intent to purchase the property within the initial six-month period.*

(2) For the purposes of any offer of sale pursuant to this subsection, the municipality shall provide a form to any person whose property is acquired by eminent domain pursuant to this section to permit such person to provide an address for notice of sale to be sent, or to provide the name and address of an agent to receive such notice. Such form shall be designed to permit the person to designate heirs of the person who shall be eligible to purchase such property pursuant to this subsection. The person or agent shall update information in the form in writing. If the person or agent does not provide or update the information in the form in a manner that permits the municipality to send notice of sale pursuant to this subsection, no such notice shall be required.

(3) With respect to a development plan for a project that is funded in whole or in part by federal funds, the provisions of this subsection shall not apply to the extent that such provisions are prohibited by federal law.

(d) The development agency may, with the approval of the legislative body and, of the commissioner if any grants were made by the state under section 8-190 or 8-195 for such development project, and in the name of such municipality, transfer by sale or lease at fair market value or fair rental value, as the case may be, the whole or any part of the real property in the project area to any person, in accordance with the project plan and such disposition plans as may have been determined by the commissioner.

(e) A development agency shall have all the powers necessary or convenient to undertake and carry out development plans and development projects, including the power to clear, demolish, repair, rehabilitate, operate, or insure real property while it is in its possession, to make site improvements essential to the preparation of land for its use in accordance with the development plan, to install, construct or reconstruct streets, utilities and other improvements necessary for carrying out the objectives of the development project, and, in distressed municipalities, as defined in section 32-9p, to lend funds to businesses and industries in a manner approved by the commissioner”.

10. Finalmente, y siguiendo el curso de iniciativas anteriores que no fructificaron³¹, el 2 de abril de 2009 se ha presentado la H.R. 1885, *Private Property Protection Act*³², en el Congreso de los Estados Unidos, aún en fase de tramitación (se encuentra remitida al *House Committee*). En ella se especifica que el Gobierno Federal no podrá adoptar como *causa expropriandi* el desarrollo económico (sección 3ª), prohibiéndose igualmente a los Estados proceder al uso del dominio eminente sobre una propiedad privada para ser usada para el desarrollo económico o sobre una propiedad que haya sido expropiada para tal fin durante un periodo de 7 años desde su ejercicio cuando el Estado reciba fondos federales para el desarrollo económico (sección 2ª). Se impone la carga de la prueba a los Estados de demostrar en el proceso judicial, mediante una evidencia clara y convincente, que la expropiación no tiene como fin el desarrollo económico. Se hace especial hincapié en evitar la expropiación para desarrollos económicos en los terrenos rurales, por su importancia para el sector agrícola (sección 8ª). Ante la incertidumbre del término “desarrollo económico”, se precisa que bajo tal concepto se encuadran aquellas expropiaciones en las que se acuerda la transferencia o arrendamiento del terreno expropiado a un sujeto privado a favor de un tercera persona privada, física o jurídica, para la realización de actividades comerciales que persigan beneficios, o para incrementar los ingresos impositivos, la base impositiva, el empleo o la salud económica general (sección 9ª). Como excepción, se excluye de tal concepto, considerándose una expropiación legítima, aquella que tiene por finalidad la transformación de la propiedad privada en titularidad pública para fines tales como carreteras, hospitales, aeropuertos, etc.; aquella que transfiere la propiedad a un concesionario que abre la propiedad al uso público o por el público; aquella que elimina usos dañosos que constituyan un inmediato peligro para la salud y la seguridad pública; así como aquella que permita la cesión temporal a sujetos privados de porciones accesorias de la propiedad pública (como, por ejemplo, para el establecimiento de un comercio en el subsuelo de un edificio público); así como para aquella dirigida a la renovación urbana de un área industrial abandonada donde exista la presencia real o potencial de elementos contaminantes o peligrosos. Cristalice o no finalmente esta reforma a nivel federal, lo cierto es que resulta razonable afirmar que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos deberá, en un futuro próximo, volver a pronunciarse sobre la concepción del uso público como elemento legitimador de la expropiación forzosa y la protección del derecho de propiedad. La última renovación de sus miembros no afecta a la mayoría que adoptó la decisión en *Kelo*, pero resulta un interrogante saber si la conmoción social provocada influirá en un posible cambio de rumbo en su doctrina.

³¹ La H.R. 3053, *Private Property Rights Protection Act* de 2007; o la S. 48, *Private Property Rights Protection Act* de 2007.

³² Presentada conjuntamente por la Congresista demócrata Maxine Waters y el Congresista republicano James Sensenbrenner. Su texto inicial puede consultarse en <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/F?c111:1:/temp/~c111b9iyNi:e1016>.

IV. LA APRECIACIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD POR PARTE DE LA REGULACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN URBANÍSTICA EN ESPAÑA. LA GESTIÓN URBANÍSTICA MEDIANTE EL SISTEMA DE EXPROPIACIÓN

11. Desde la perspectiva del Derecho español la misma existencia de la controversia surgida en Estados Unidos, tanto a nivel jurídico como a nivel social, a raíz del caso *Kelo* puede resultar sorprendente, dado que ya desde 1954 el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa admite el recurso a la expropiación forzosa por “causa de utilidad pública o interés social”, incorporando la figura del beneficiario de la expropiación como sujeto que adquiere, en términos generales, la propiedad (y que en consecuencia satisface el justiprecio) para ejecutar tal finalidad. La posterior Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 (artículos 121 y siguientes) igualmente recogía entre los sistemas de gestión el de expropiación, susceptible de ser ejecutado mediante un concesionario que adquiriría la condición de beneficiario. Hoy, el artículo 33.3 de la Constitución Española de 1978 asume esa articulación de la *causa expropriandi* al exigir igualmente la concurrencia de una “causa justificada de utilidad pública o interés social”. El artículo 29 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo precisa que la expropiación puede aplicarse para las finalidades previstas en la legislación urbanística y de ordenación territorial emanada de las Comunidades Autónomas, pudiendo gestionar tales expropiaciones a través de la figura de la concesión otorgada a un sujeto privado (artículo 33.1). En el ámbito de la Comunidad de Madrid, los artículos 117 y siguientes de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo, desarrollan dicha figura.

12. En la interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional Primero al Convenio Europeo de Derechos Humano de 1950 que exige únicamente la concurrencia de “una causa de utilidad pública”³³, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adopta un criterio de deferencia hacia la valoración del poder legislativo de cada Estado firmante. Por ejemplo, en la Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Demanda núm. 13844/2002), *Caso Maupas y otros contra Francia*, se afirma expresamente que (18) “...*La Cour doit en premier lieu déterminer si cette privation de propriété reposait sur une «cause d'utilité publique» au sens de cette disposition. Elle rappelle à cet égard qu'elle reconnaît aux Etats contractants et aux autorités qui en constituent l'émanation, une grande marge d'appréciation pour juger si, dans telles ou telles circonstances, une question de cette nature se pose et justifie des privations de propriété (voir, pour exemples, les arrêts James et autres c. Royaume-Uni, du 26 juin 1985, série A no 98-A, § 46, et Motais de Narbonne c. France, no 48161/99, du 2 juillet 2002, § 18); elle respecte la manière dont ils conçoivent les impératifs d'« utilité publique » au sens de l'article 1 du Protocole no 1 sauf si leur jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable (arrêt James et autres précité, mêmes références).*

³³ Pudiendo ser aplicada dicha posición igualmente al artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 diciembre de 2000, cuyo tenor es idéntico.

Elle ne saurait donc se substituer aux autorités internes pour évaluer l'«utilité publique» de l'aménagement dont la réalisation fonde l'expropriation des requérants, et il lui suffit en l'espèce de relever que la «cause d'utilité publique» se trouvait en l'occurrence dans la réalisation d'un ouvrage destiné à l'usage de la collectivité”. Por su parte el Tribunal Constitucional ha identificado, por último, el concepto de utilidad pública con la apreciación de una “conveniencia o necesidad pública” (STC 48/2005, FJ 4º). Tradicionalmente se ha precisado que el concepto de utilidad pública otorgaba cobertura a aquellas expropiaciones “derivadas del funcionamiento de la Administración (obras públicas o servicios públicos) o de sus concesionarios”, mientras que la noción de interés social otorga cobertura a aquella expropiación donde esté presente “un interés prevalente distinto al individual del propietario distinto del anterior”³⁴. En ambos casos, su apreciación debe efectuarse por Ley o con base en una Ley³⁵, siendo este instrumento el que establece “una jerarquización social de los bienes, una calificación de las prevalencias colectivas de unos fines sobre otros de forma definida, estable y solemne, de modo que el evento de sufrir una expropiación sobre los propios bienes no quede al arbitrio discrecional de los órganos administrativos”³⁶.

13. El cuestionamiento que en y desde las instancias europeas se viene efectuando desde hace años sobre la compatibilidad de la legislación urbanística (fundamentalmente a partir de la realidad denunciada por los ciudadanos afectados en la Comunidad Valenciana) con la necesaria protección del derecho de propiedad se ha centrado, fundamentalmente, en la figura del Agente Urbanizador. Aún cuando los particulares (fundamentalmente residentes europeos no españoles) han centrado su crítica sobre la posible incidencia expropiatoria que su práctica ha ocasionado, las instancias europeas han trasladado el acento a su posible incompatibilidad con las Directivas sobre contratación pública y las exigencias del respeto a los principios de publicidad y concurrencia. En este sentido, y por último, el Informe del Parlamento Europeo de 20 de febrero de 2009 (*Informe Auken*), aprobado por Resolución

³⁴ Cfr., p.e., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II (2002), p. 232.

³⁵ P.e., la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2008 (Recurso de Casación núm. 1536/2005) fija la posición de la declaración de utilidad pública en nuestro sistema constitucional y su determinación general por Ley, en los siguientes términos: “...en nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio de la potestad expropiatoria, en cuanto afecta a un derecho constitucionalmente protegido, el de propiedad (artículo 33, apartado 1, de la Constitución), debe ejercitarse a través de un procedimiento en el que, previa declaración de la causa legitimadora de la operación expropiatoria, se identifique el objeto a expropiar, se cuantifique el justiprecio y se proceda al pago y a la toma de posesión (véase la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987. Aquella declaración compete al legislador, pues, no en vano, el artículo 33, apartado 3, de la Constitución remite el ejercicio de la potestad expropiatoria a lo dispuesto en las leyes (sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, F. 13A), debiendo hacerlo caso por caso (artículos 11, 12 y 13 de la Ley de Expropiación Forzosa). Esta exigencia no obsta, sin embargo, a que, para categorías determinadas de bienes, se admitan las declaraciones implícitas en la aprobación de los correspondientes planes de obras y servicios, así como las declaraciones genéricas, necesitadas de un acto administrativo ulterior de expreso reconocimiento para comprobar que en el caso concreto concurre la *causa expropriandi* (artículo 10 de la Ley de Expropiación Forzosa)”.

³⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho... cit.*, p. 234.

de 26 de marzo de 2009³⁷, solicita una profunda revisión de la legislación que afecta a los propietarios particulares de bienes como resultado de una urbanización masiva y la derogación de las figuras que favorecen la especulación urbanística (agente urbanizador). Aún cuando en dicho Informe se incurren en evidentes imprecisiones y su crítica se dirige, infundadamente en mi opinión, a la aplicación de la Ley de Costas de 1988 y su incidencia sobre las propiedades por ella demanializadas, algunas de las reclamaciones en las que tiene su origen son supuestos de gestión urbanística por expropiación donde el municipio ha otorgado su desarrollo mediante concesión a una empresa constructora privada. El beneficio para ambas partes es evidente. El Ayuntamiento recibe como canon de la concesión un porcentaje de aprovechamiento urbanístico superior al que legalmente deberían haberle cedido los propietarios si hubiesen sido ellos los que desarrollasen la gestión urbanística por alguno de los sistemas privados de gestión (fijado inicialmente en el 10% de la edificabilidad), junto con una cantidad en metálico, normalmente elevada. Por su parte, la empresa constructora se queda con la propiedad de la mayoría del suelo lucrativo, sin perjuicio de que haya convenido el pago del justiprecio con los propietarios afectados no en dinero sino en aprovechamientos. Los propietarios expropiados reciben una indemnización acorde al valor que el legislador considera adecuado por sus terrenos (que no coincide en la mayoría de los supuestos con su valor de mercado), pero se ven en todo caso privados de las posibles plusvalías de la actuación urbanística.

14. La pregunta que surge aquí inevitablemente es si toda decisión de gestionar un ámbito por el sistema de expropiación respeta la exigencia de la concurrencia de una causa de utilidad pública cuando el concesionario es un promotor privado. ¿No se está aquí, en la terminología del Tribunal Supremo de Estados Unidos, expropiando a “A” para entregar el terreno a “B”? Con la actual interpretación del artículo 33.3 de la Constitución, inalterada a partir de la interpretación sobre la normativa legal desde 1954, la respuesta es negativa, porque existe una norma con rango de Ley que ha determinado la concurrencia de una utilidad pública en la aprobación de cualquier instrumento de ordenación territorial y urbanística³⁸.

³⁷ La Resolución fue aprobada por 349 votos a favor, 110 en contra y 114 abstenciones. Puede consultarse su texto íntegro en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+20090326+ITEMS+DOC+XML+V0//ES&language=ES#sdocta6>. El *Informe Auken* puede ser consultado en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2009-0082+0+DOC+PDF+V0//ES>.

³⁸ P.e.la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de octubre de 2007 (Recurso contencioso-administrativo núm. 1595/2003), señala al respecto que “...la ejecución por expropiación forzosa no supone una agresión a los derechos de propiedad y de libre empresa reconocidos en los artículos 33 y 38 de la Constitución. En efecto, no cabe apreciar vulneración del derecho de propiedad que reconoce el art. 33 de la Constitución, pues las facultades de este derecho se ejercen dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley o, en virtud de ella, por los planes de ordenación con arreglo a la clasificación urbanística de los predios, como señalaba el art. 76 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado su Texto Refundido por R.D. 1346/1976, de 9 de abril. Por ello las determinaciones establecidas en los planes urbanísticos no suponen una vulneración del art. 33 de la Constitución, pues este artículo en su párrafo segundo establece que la función social de este derecho delimitará su contenido de acuerdo con las leyes, dando lugar las previsiones del planeamiento «a una intensa regulación de la propiedad privada, dibujada así con rango reglamentario», como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1994 ,

Al respecto el control de los órganos jurisdiccionales se articula en un doble escalón. En primer lugar se comprueba si el instrumento de planeamiento que otorga cobertura a la gestión se encuentra definitivamente aprobado, siendo el mismo ajustado a la legalidad. En segundo lugar, se comprueba la regularidad en la adopción del sistema de expropiación. Cuando la legislación urbanística autonómica establece un orden de preferencia entre los diversos sistemas de gestión, atribuyendo un carácter subsidiario al de expropiación, se comprueba si la motivación aducida por el Ayuntamiento relativa al carácter urgente o a la inexistencia de capacidad de los propietarios para llevar a cabo la gestión es suficiente³⁹. Si la legislación autonómica sitúa a los distintos sistemas de gestión en pie de igualdad, simplemente se comprueba si existe una motivación racional sobre el sistema elegido. Existe así una clara deferencia hacia la decisión municipal.

15. Pero resulta razonable exigir que se dé un paso más, y partiendo del lugar central que debe ocupar el derecho de propiedad en la arquitectura diseñada por la Constitución, se efectúe una interpretación constitucionalizada del concepto de “utilidad pública”. La expropiación forzosa debe configurarse como una institución que pueda ser utilizada por los poderes públicos cuando no resulte posible conseguir los fines perseguidos a través de la imposición de deberes y cargas a la propiedad en virtud de la función social a la que debe servir. Y esos fines no son libremente determinables por el legislador, sino que deben responder a valores y bienes constitucionales. Así, en el ámbito urbanístico están claramente determinados por el constituyente: el derecho a una vivienda digna (artículo 45) y el respeto al medio ambiente –desarrollo sostenible– (artículo 47), entre otros. Desde esta línea de razonamiento, puede afirmarse que cuando los usos urbanísticos sean la construcción de viviendas sometidas a un régimen de protección pública, la existencia de importantes infraestructuras públicas, etc., sin duda debe apreciarse la concurrencia de una causa de utilidad pública⁴⁰. Pero cuando simplemente se trate de usos lucrativos que generan un evidente

pero esto se efectúa –como continúa diciendo esa sentencia– en virtud de la habilitación establecida en la Ley del Suelo «con la expresa dicción del art. 33.2 de la Constitución».”

³⁹ P.e., la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2008 (Recurso de Casación núm. 3416/2004), confirma la corrección del sistema de expropiación en la medida en que “...la motivación de la Administración para elegir el sistema de expropiación se encuentra en que este asegura una mayor eficacia en la gestión urbanística del plan para así conseguir los objetivos de planeamiento marcados, fundamentación que, a juicio de la Sala, debe ser suficiente con independencia de ser o no discutible, o de poder coincidir o no con ella...”.

⁴⁰ P.e., la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de mayo de 2008 (Recurso contencioso-administrativo núm. 3340/2004), confirma la corrección en tal supuesto de la opción por el sistema de expropiación. El argumento es el siguiente: “...En el sistema de la LSM, el art. 102 permite a la Administración actuante optar por cualesquiera de los sistemas de actuación; ahora bien, ello ha de serlo en función de una adecuada ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso y, en particular, los objetivos a alcanzar con la actuación, las necesidades colectivas que ésta deba cubrir o satisfacer, los medios económicos disponibles y la capacidad de gestión de la Administración. La gestión por expropiación de un sector cuyo uso predominante es el de vivienda de protección pública, como es el caso del Sector Buenavista, para el que se prevé que el 80 por 100 de las 4697 viviendas a construir sean de protección, el sistema público está justificado por la propia calificación en tan elevado porcentaje, en cuanto medida dirigida a paliar la falta de vivienda protegida asequible para los ciudadanos con menos recursos, y conseguir fines constitucionales,

beneficio económico para el promotor y para el Ayuntamiento, no parece razonable seguir manteniendo esta postura. Esta crítica es la que subyace, además, en la propia configuración del concesionario del sistema de expropiación que la legislación urbanística autonómica ha establecido. En la mayoría de los casos (y la Ley 9/2001 de Suelo de Madrid es un claro ejemplo, artículo 119.2) se reconoce a los propietarios incluidos en el ámbito a desarrollar por expropiación que representen al menos un 50% de la superficie total afectada un derecho preferente a obtener la adjudicación de la concesión. No se alcanza a entender la fundamentación de tal preferencia si no es la “mala” conciencia del legislador⁴¹.

siendo de notar que para alcanzar ese objetivo las políticas de vivienda han de cohonestarse con las del uso suelo. Y si es posible identificar como política urbanística la construcción de Viviendas de Protección Pública en un determinado sector, la elección del sistema de actuación por expropiación es coherente con esa concreta política urbanística y ello incluso aunque la iniciativa privada, en este caso, de la cooperativa demandante, acepte promover directamente la actuación respetando los porcentajes de protección y el resto de las determinaciones de planeamiento. Finalmente, aunque la propietaria de gran parte de los terrenos sea una cooperativa de viviendas cuyo objeto sea la promoción de viviendas de protección, ello no impide la actuación por expropiación. Con ser cierto que, por definición, la vivienda de promoción pública está destinada a servir de residencia habitual y permanente, ocurre que las operaciones de ejecución urbanística (básicamente de equidistribución y urbanización) son diferentes a las de edificación sobre las parcelas resultantes. También ocurre que en el caso de cooperativas de viviendas, las necesidades a satisfacer se ciñen a sus socios y a no a otros sectores de la población. Además, la legislación urbanística tiene en cuenta a esta clase de entidades privadas sin ánimo de lucro que tienen por objeto a construcción de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública, pero lo es en la fase de disposición del patrimonio público del suelo (art. 178 LSM), al que han de incorporarse los bienes expropiados para la ejecución del sistema (art. 174.c) de la LSM)...

⁴¹ Obviamente esta regulación también permite su uso fraudulento, permitiendo a un propietario mayoritario no tener que “sufrir” el obstruccionismo de los propietarios minoritarios en los sistemas de gestión privada. Si adquiere la condición de concesionario, expropia los terrenos de tales propietarios minoritarios, eliminándolos del tablero de juego.